



SÖKANDE

Fire Safety Nordic AB, 559034-9501
Kanalgatan 77
931 34 Skellefteå

Ombud: Jan Lindén
J.B.L Advokater
Storgatan 11
971 38 Luleå

MOTPART

Lycksele kommun
921 81 Lycksele

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU

KONKURRENSVERKET	
2019-09-18	
Avg	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Lycksele kommun (Kommunen) har infortrat anbud avseende Tekniska konsulttjänster (dnr UH-2019-2). Vid upphandlingen används öppet förfarande och utvärderingsformen bästa förhållande mellan pris och kvalitet.

Fire Safety Nordic AB (Fire Safety) yrkar i förvaltningsrätten att upphandlingen, såvitt avser delområde Säkerhet och brand i byggnad, ska göras om.

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan.

PARTERNAS ANFÖRANDE

Fire Safety anför bl.a. följande.

De i upphandlingen tillämpade utvärderingskriterierna är så oklara och oförutsebara att de inte uppfyller LOU:s krav på transparens. Kommunen har kunnat välja anbud i princip efter eget godtycke. Förfarandet uppfyller inte de i 4 kap. 1 § LOU uppställda kraven. Fire Safety riskerar att lida ekonomisk skada till följd av upphandlingens felaktiga utformning och hantering.

I upphandlingsdokumentens Utvärderingsmodell anges följande:

9.0.4 Bedömning

Kommunen ser det som ett mervärde om Anbudsgivaren har en generell genomförandeplan som är på maximalt tre (3) A4 sidor, skriven i teckenstorlek 12 och besvarar nedanstående:

- 1. Arbetsätt i projekt, från ide till färdig lösning och hur kommunikation med kund sker
- 2. Hur projekteringsgruppens kompetens tas tillvara för att nå bästa resultat.
- 3. Hur en tidplan för projektet läggs upp samt hur ni säkerställer/stämmer av mot uppsatta deltider.
- 4. Hur ni arbetar med ekonomi och kostnadsförsörjning och hur ni säkerställer att givna budgetramar hålls.
- 5. Vad ni anser är framgångsfaktorer i projekt
- 6. Hur ni hanterar meningsskiljaktigheter i projektgruppen.

I samma punkt anges vidare:

Definition

Vid noll poäng uppräknas jämförelsetalet med 40 % av anbudspriset. Full poäng ger ingen procentuell uppräkning.

<i>Poäng</i>	<i>Beskrivning</i>	<i>Påslag %</i>
0	Låg nivå	40,00

1	Godtagbar nivå	26,67
2	Hög nivå	13,33
3	Mycket hög nivå	0,00

Att Kommunen i punkten 9.0.4 anger att den ser ett "mervärde" i att anbudsgivaren har en generell genomförandeplan ger närmast intrycket åt att man tycker att det är positivt. Inte mycket mer. Längre ner i punkten ifråga talar Kommunen plötsligt om "jämförelsetalet". Ingenstans anges vad jämförelsetalet är eller hur det framräknas eller hur det uppkommer.

I tabellen talas om "Poäng" men ingenstans redogörs för hur dessa poäng uppkommer eller beräknas. I tabellen omnämns "Beskrivning", men ingenstans vad det är som ska beskrivas. I stället nämns olika nivåer (låg, godtagbar, hög och mycket hög). Ingenstans anges närmare hur dessa nivåer uppnås.

Kommunen har i underlaget anfört att det har ett mervärde om anbudsgivaren har en generell genomförandeplan som besvarar sex punkter. Ingenstans sägs emellertid att det är ett krav att besvara samtliga punkter eller om olika punkter har olika värde, eller om någon viss punkt är av särskild betydelse. Ingenstans sägs att ett mer detaljerat svar är mer värt än ett kortfattat. Ingenstans sägs att anbudsgivarens val av metod för att lösa olika frågor eller problem har betydelse. I korthet ger underlaget inte någon för anbudsgivaren objektiv möjlighet att förutse vad Kommunen tillmäter betydelse. Utrymmet för subjektiv tolkning och tyckande vid bedömningen är allt för omfattande. Bedömningen överlämnas helt till Kommunens godtycke.

Även om det enligt rättens uppfattning med tillräcklig tydlighet framgår för anbudsgivarna att ingivandet av en generell genomförandeplan kommer att resultera i att denna läggs till delvis grund för bedömningen av anbudet, så är det inte tillräckligt tydligt hur denna bedömning skall genomföras. Anbudsgivaren saknar möjlighet att förutse hur en generell genomförandeplan

skall se ut eller hur den kommer att bedömas. Vilka delar av genomförandeplanen tillmäts särskild vikt? Hur stort värde tillmäts varje delområde? Vad händer om man försummar svara på viss del? Är det viktigt att skriva långt och mycket? Bedöms förmågan att formulera sig? Vilken betydelse har val av typsnitt eller stil och tydlighet?

Bedömningskriterierna lämnar alldeles för stort utrymme för godtycke. Det är inte rimligt att 40 procent av upphandlingens bedömningsunderlag skall utgöras av Kommunens godtycke.

Kommunen anför bl.a. följande.

Utvärderingsmodellen uppfyller kraven enligt 4 kap. 1 § LOU och den ger inte Kommunen obegränsad frihet.

Under p. 9.0.4 framgår vilka frågor som ska besvaras samt att det kommer att genomföras en bedömning av genomförandeplanen av en referensgrupp som en helhetsbedömning. Anbudsgivare måste rimligen förstå att de behöver ha med svar på frågorna under 9.0.4 för att kunna få en hög poäng. Fire Safety har dock inte svarat på alla frågor och kan därför inte erhålla högsta poäng och de beskrivningar som finns besvarar knappt frågorna alls. Att Kommunen inte har beskrivit exakt hur mycket som måste skrivas ut betyder inte att Fire Safety ej kunnat utforma ett konkurrenskraftigt anbud eller att mervärdet är otydligt. Frågorna ger en vägledning för vad en anbudsgivare behöver svara på för att kunna utforma ett bra anbud och erhålla hög poäng.

Den subjektivitet som finns är, enligt Kommunens uppfattning, inte så stor att ett ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU är motiverat eller att så kallad fri prövningsrätt är aktuell i modellen. Det finns ett utrymme för ett visst mått av subjektivitet i utvärderingsmodeller (se exempelvis Kammarrätten i Gö-

teborgs avgörande i mål nr 2967-13) och en rätt för upphandlande myndigheten att ha rätt till sina egna preferenser och myndigheten får anses bäst lämpad att utvärdera sina anbud (Kammarrätten i Sundsvall avgörande i mål nr 2130-12). Även utfallet av EU-domstolens avgörande i mål C-6/15 TNS Dimarso NV framhålls.

Fire Safety har fel när man anför att det inte framgår vad jämförelsetalet är. Argumentationen bygger dels på att Fire Safety ignorerar vad som anges under p. 9.0.4 enligt följande:

”Vid noll poäng uppräknas jämförelsetalet med 40% av anbudspriset. Full poäng ger ingen procentuell uppräkning”

Fire Safety negligerar även den centrala text som står överst i utvärderingsmodellen (sista stycket) under rubriken Att lämna anbud:

”Utvärderingsmetoden bygger på monetär utvärdering med prissatt kvalitet. Ert anbud resulterar i ett jämförelsetal. Hur mycket jämförelsetalet påverkas vid olika utvärderingar står beskrivet för varje utvärdering i detta dokument. Anbudet med lägst jämförelsetal är bäst”.

Argumentationen avseende att det inte framgår vad jämförelsetalet är stämmer således ej. Fire Safety har även i systemet kunnat simulera utfallet av sitt anbud beroende på vilken poäng som erhöles.

Punkten 9.0.4 uppfyller kraven i 16 kap. 2 § LOU och det framgår av upphandlingsdokumenten att 40 procent är det maximala påslag som anbudsgivare kan få på sitt anbudspris samt vilket påslag respektive poäng medför på anbudspriset och att det är en monetär utvärderingsmodell som nyttjas.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. (4 kap. 1 § LOU)

När en upphandlande myndighet utvärderar ett anbud på grunden bästa förhållandet mellan pris och kvalitet ska den bedöma anbudet utifrån kriterier som har anknytning till det som ska anskaffas.

Ett tilldelningskriterium ska anses ha anknytning till den vara, tjänst eller byggtreprenad som ska anskaffas om kriteriet i något avseende hänför sig till denna vara eller tjänst eller till byggnadsverket under något skede av livscykeln.

Tilldelningskriterierna ska säkerställa en effektiv konkurrens och får inte ge den upphandlande myndigheten en obegränsad valfrihet. De ska presenteras så att det utifrån leverantörens uppgifter går att kontrollera hur väl ett anbud uppfyller kriterierna. Om det finns anledning ska myndigheten kontrollera att leverantörens uppgifter är riktiga. (16 kap. 2 § LOU)

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. (20 kap. 6 § LOU)

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Fire Safety menar bl.a. att upphandlingsdokumenten, såvitt avser delområde Säkerhet och brand i byggnad, varit otydliga beträffande vad som avsetts värderas i kriteriet p. 9.0.4. Kriteriet ifråga återges i huvudsak under Fire Sfetys anförande. Därtill anges under punkten ifråga att beskrivningen kommer att bedömas som en helhetsbedömning av en referensgrupp. Allmän information om utvärderingsmetoden anges under rubriken Att lämna anbud i utvärderingsmodellen och återges under Kommunens anförande

Förvaltningsrätten noterar inledningsvis att en upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling (jfr. RÅ 2002 ref. 50 och RÅ 2010 ref. 78).

Förvaltningsrätten noterar vidare att bedömningen av det aktuella utvärderingskriteriet grundar sig på anbudsgivarnas beskrivningar av hur man i olika delar avser att genomföra uppdraget. Vid tjänsteupphandlingar kan det, beroende på uppdragets art, vara godtagbart med den typen av bedömningsgrunder, även om det kan vara svårt att i förväg ange exakt hur de kommer att värderas. Med hänsyn till det aktuella uppdragets art, tekniska konsulttjänster, finner förvaltningsrätten inte hinder i sig mot att använda den typen av utvärderingskriterier. Det hade i och för sig varit önskvärt med tydligare information avseende poängsättningen.

Med hänsyn till vad som ändå framgår av upphandlingsdokumentens Utvärderingsmodell anser förvaltningsrätten att upphandlingsdokumenten måste anses vara tillräckligt tydligt utformade för att en leverantör i branschen på grundval av detta ska kunna avgöra vad som kommer att tillmätas betydelse i upphandlingen och kunna utforma ett konkurrenskraftigt anbud.

På grund av det anförda, och då inte heller vad som i övrigt anförts av Fire Safety medför att förfarandet vid upphandlingen kan anses strida mot någon bestämmelse i LOU eller mot någon av de gemenskapsrättsliga principerna, ska ansökan avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Magnus Bygdemark
Tf. rådman

Målet har föredragits av Christina Röckner.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.